

Al contestar refiérase
al oficio N.º 3983

8 de mayo de 2022
DJ-0471

Señor
Gustavo Retana Calvo
Auditor General
Instituto Nacional de Seguros (INS)
Ce: gretanac@grupoins.com

Estimado señor:

Asunto: *Atención de consulta relacionada con la defensa legal de funcionarios y exfuncionarios del Grupo INS en procedimientos administrativos.*

I. OBJETO DE LA CONSULTA

Se refiere este Despacho a su oficio n.º AU-00022-2022 de fecha 13 de enero del 2022 recibido en esta Contraloría General de la República el mismo día, mediante el cual establece consulta:

- “1. ¿Los costos de la defensa en procedimientos administrativos, sea ante la Contraloría General o ante la Superintendencia de Seguros o cualquier otro órgano externo, puede ser asumido por el Instituto Nacional de Seguros?”*
- 2. ¿Es aplicable al INS el artículo 177 bis de la Ley Reguladora del Mercado de Valores?”*
- 3. En caso de ser afirmativas las preguntas, ¿debería el INS recuperar del funcionario declarado responsable administrativamente, lo pagado para su defensa?”*

En este sentido, el Órgano Contralor mediante oficio n.º 1060 (DJ-0139) del 21 de enero del 2022 le previno remitir la posición de la Auditoría Interna en relación con las inquietudes planteadas con su respectivo fundamento. La citada prevención se cumplió mediante oficio n.º AU-00069-2022 del 25 de enero del 2022, en el que se indicó:

*“1. **Posición de la Auditoría Interna** // El criterio de esta Auditoría Interna es negativo sobre la procedencia que el Instituto Nacional de Seguros pueda asumir el costo de la defensa de sus funcionarios o exfuncionarios ante organismos como la Contraloría General de la República o las autoridades de regulación como la Superintendencia General de Seguros. // 2. **Fundamento** // Los fondos públicos que se han puesto bajo las facultades de administración de las entidades públicas, han de encontrarse orientados hacia la satisfacción de los fines que han sido legalmente asignados en cada una de ellas; de ahí que el empleo de los recursos públicos debe encontrarse estrechamente ligada a un interés institucional o a un deber público que*

imponga atender esa obligación. (...) // (...) En los procedimientos administrativos, por el contrario, el riesgo de una responsabilidad civil es significativamente inferior por cuanto las conductas típicas sobre las que tratan tienen como finalidad establecer la existencia de una responsabilidad administrativa. Ni la Contraloría General de la República, ni los organismos reguladores, tienen competencia para reconocer indemnizaciones a terceros. (...)

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General se encuentra regulado en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (n° 7428 del 7 de setiembre de 1994) y en el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (R-DC-0197-2011 de las ocho horas del trece de diciembre del 2011, publicado en la Gaceta No. 244 del 20 de diciembre de 2011), que establece las condiciones que rigen el trámite y la atención de las consultas ingresadas como parte del ejercicio de la competencia consultiva.

Los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, señalan que este Órgano Contralor no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deban ser resueltas por la Administración Pública respectiva en el ejercicio de sus competencias.

En este sentido, esta Contraloría General de la República, dentro del ámbito de competencia emite criterio vinculante en el ejercicio de la potestad consultiva, que tiene un carácter general cuyo propósito es servir de insumo a la Administración, junto con los elementos fácticos y jurídicos respectivos, que permitan orientar la toma de decisiones de los gestores públicos directamente responsables de la buena marcha de los asuntos que les competen, por cuanto no se pretende sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento respecto a situaciones específicas cuyas particularidades se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

III. CRITERIO DEL ÓRGANO CONTRALOR

En primer lugar, los oficios señalados por el consultante a saber, n.° 5214 (DJ-2170) del 3 de junio del 2010 y n.° 13432 (DJ-1157) del 10 de setiembre del 2019, específicamente están referidos a la posibilidad de contratar abogados externos o bien el uso de recursos públicos para la defensa de funcionarios en la sede judicial.

Puntualmente en el primer oficio n.° 05214 (DJ-2170), del año 2010 entre otros aspectos se indicó:

“(...) delimitación clara de los alcances del numeral 131 inciso f) ya citado, estableciendo lo siguiente: // 1. “La contratación debe darse para atender de manera pronta e impostergable una gestión judicial: efectivamente los asuntos que deben ser atendidos deben referirse a casos eminentemente judiciales, con lo cual no es válido aplicar este supuesto extensivamente a aquellos asuntos jurídicos que se tramiten a nivel administrativo¹, aun cuando puedan éstos derivar eventualmente en un proceso judicial. Véase que la norma reglamentaria señala explícitamente que se refiere a gestiones judiciales, no jurídicas, con lo cual su ámbito de aplicación se

¹ Ver también oficios: n.° 04904 (DJ-2049) del 27 de mayo del 2010, n.° 05214 (DJ-2170) del 3 de junio del 2010

encuentra circunscrito a los asuntos relativos a un juicio, a la administración de justicia o a la judicatura (según lo expresa la Real Academia Española de la Lengua). (...) (lo destacado no es del original).

Ahora bien, el oficio n.º n.º 13432 (DJ-1157), del año 2019 la consulta que se atendió se encontraba delimitada puntualmente a los servidores que fueran denunciados en la sede penal y en lo de interés se hizo mención a criterios emitidos tanto por la Contraloría General de la República así como pronunciamientos de la Procuraduría General de la República y finalmente señaló:

*“(...) De conformidad con lo anterior, resulta claro que en tanto no exista norma habilitante que permita a la Administración asumir la defensa de los funcionarios que sean denunciados penalmente en el ejercicio de su cargo, no es jurídicamente procedente otorgar dicha defensa ya sea con abogados de planta de la Institución o contratados por servicios profesionales. // En razón de ello, se concluye que la Administración Pública podrá defender con recursos públicos a los servidores que sean denunciados penalmente, **únicamente** cuando exista una norma habilitante que la autorice para otorgar dicha defensa y siempre que de previo se cumpla con los siguientes requisitos: (...)”* (lo destacado es del original).

Además, en relación con el numeral 139 inciso f) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa² reiteró lo que se había indicado en el año 2010:

“(...) 1. (...) efectivamente los asuntos que deben ser atendidos deben referirse a casos eminente y judicialmente, con lo cual no es válido aplicar este supuesto extensivamente a aquellos asuntos jurídicos que se tramiten a nivel administrativo, aun cuando puedan éstos derivar eventualmente en un proceso judicial. (...)”

Así las cosas, si bien los citados oficios por la Auditoría General del INS en su consulta, no tienen una relación directa con lo aquí consultado. Sí resulta trascendental tomar en cuenta los extractos antes indicados en tanto, ha sido clara esta Contraloría General de la República que de conformidad con el principio de legalidad, debe existir norma que habilite el accionar de la Administración Pública. En este sentido, también la Procuraduría General de la República ha señalado que en tanto no exista norma habilitante, la Administración no podrá ejercer la representación o defensa de los funcionarios cuando estos sean demandados³, es decir, se ha delimitado únicamente para la instancia judicial.

Puntualmente la Procuraduría indicó en el dictamen C-242-98 del 13 de noviembre del 1998 lo siguiente:

“(...) Es de sobra conocido que la Administración Pública se encuentra necesariamente sometida al bloque de legalidad, según lo prescribe el artículo 11, tanto de nuestra Constitución Política como de la Ley General de la Administración Pública, lo cual implica que aquella únicamente puede realizar las funciones que expresamente le autorice el ordenamiento jurídico, de tal forma que, todo lo que no le está autorizado por ley a la

² Oficio n.º 14885 (DCA-4238) del 14 de diciembre del 2007.

³ Ver oficio n.º 13432 (DJ-1157) del 10 de septiembre del 2019 de la Contraloría General de la República, que cita a su vez los dictámenes C-242-1998 del 13 de noviembre de 1998, C-135-2009 del 15 de mayo de 2009 y C-266-2015 del 22 de septiembre de 2015.

Administración le está vedado: // (...) "El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General de Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración"." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 4310-92 de las catorce horas cinco minutos del diez de noviembre de mil novecientos noventa y dos (...)" (lo destacado no es del original).

Así las cosas, en la -instancia judicial- se ha indicado de manera excepcional que procede la representación o bien la contratación de abogados para su defensa, en tanto además de norma habilitante se esté en presencia de -intereses públicos- en los cuales al defender a la institución pública de manera concomitante se defiende al servidor público⁴.

Aspecto que no ocurre ni concurre en los procedimientos administrativos, en tanto de conformidad con la Ley General de la Administración Pública, según los numerales 199, 210 y 211 corresponden con la -responsabilidad personal- de los servidores públicos sea ante terceros, la propia administración o bien disciplinarios. La citada legislación es clara en señalar que la responsabilidad del servidor público (administrativa y/o civil) es de índole **personal y subjetiva**, debiendo valorarse en la conducta del funcionario público la existencia de dolo o culpa grave. Al respecto, la Procuraduría General de la República⁵ ha indicado:

"(...) En reiteradas ocasiones hemos indicado que a diferencia de la responsabilidad de la Administración, la responsabilidad del funcionario no es objetiva, sino subjetiva, de conformidad con la regulación que contiene la Ley General de la Administración Pública. Esto es así, porque el funcionario público responde personalmente, frente a terceros o ante la propia Administración, cuando haya actuado con culpa grave o dolo (...) según lo disponen los artículos 199 y 210 de la citada Ley General . (...)"⁶ (lo destacado no es del original).

Así las cosas, según la normativa señala supra, los procedimientos administrativos no corresponden con la valoración de conductas propias de la Administración sino del funcionario en su carácter exclusivamente personal, es decir, a quién finalmente se le establece una sanción de índole administrativo o civil, es al funcionario y no a la Administración.

Además, consulta el Auditor General del INS si el numeral 177 bis de la Ley Reguladora del Mercado de Valores le es aplicable al INS. En este aspecto, se limita el Órgano Contralor a lo que expresamente señala dicho numeral, en tanto establece de manera **taxativa**, los sujetos que se encuentran regulados por dicha normativa, a saber:

⁴ Oficio n.° 5214 (DJ-2170) del 3 de junio del 2010, de la Contraloría General de la República.

⁵ Dictamen n.° C-071-2011 del 24 de marzo del 2011 en el cual se cita el dictamen n.° C-036-2011, del 22 de febrero de 2011.

⁶ "(Véanse al respecto, entre otros, los dictámenes C-127-98 de 30 de junio de 1998 y C-052-99 de 6 de marzo de 1999, C-276-2000 de 13 de noviembre del 2000, C-055-2001 de 27 de febrero del 2001; así como las opiniones jurídicas O.J.-112-99 de 20 de setiembre de 1999, O.J.-135-2000 de 5 de diciembre del 2000 y O.J.-081-2001 de 25 de junio del 2001)".

- Alguno de los miembros del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (Conassif)
- De la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica
- El gerente y el subgerente del Banco Central
- Los superintendentes e intendentes del Sistema Financiero Nacional
- Los funcionarios de las superintendencias con poder de decisión en materia de supervisión financiera
- Y los órganos directores de los procedimientos administrativos sancionatorios, por actos o conductas relacionados con el ejercicio de sus deberes, funciones o atribuciones relacionados o resultantes de la actividad de supervisión o regulación financieras

Es clara la citada norma 177 bis, en indicar a cuáles funcionarios de manera taxativa corresponde al Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, al Banco Central o los órganos de supervisión del Sistema Financiero Nacional asumir la representación, sin que contemple de ninguna manera dicha norma su aplicación a funcionarios o exfuncionarios del Instituto Nacional de Seguros.

Recapitulando en términos generales, el procedimiento administrativo instaurado a un funcionario público, responde a la conducta (acción u omisión) propia del funcionario en condición únicamente personal. A diferencia de la sede judicial en la cual excepcionalmente se faculta la representación con recursos públicos de los funcionarios, en tanto en dicha vía responde a la defensa del interés público y concomitantemente del funcionario.

Se reitera con especial énfasis que en los procedimientos administrativos el interés público, entre otros aspectos, radica en la determinación de la verdad real de la conducta del funcionario y el eventual establecimiento o no de responsabilidades así como de las eventuales sanciones administrativas y/o civiles, desde un ámbito exclusivamente personal. Sumado a lo anterior, se denota que en los procedimientos administrativos de conformidad con la LGAP en su Título Primero, de Principios Generales, se establece en el numeral 220 que la defensa “*deberá ser ejercido **por el administrado***” dejando como una posibilidad el patrocinio letrado mas no como una obligación. Es decir, en el caso de los procedimientos administrativos el servidor público podrá ejercer su propia defensa sin necesidad de contar con un patrocinio letrado.

De manera que, en caso que el servidor público considere oportuno contar con un patrocinio letrado, el mismo compete a un ámbito de responsabilidad subjetiva y de carácter personal del funcionario, no a una responsabilidad objetiva de la Administración ni tampoco concurre un interés público. De conformidad con lo anterior, en resguardo y adecuada gestión de la Hacienda Pública, debe la administración realizar un análisis conforme al bloque de legalidad, desde su legislación orgánica que se cuente con la respectiva autorización de defender en procedimientos administrativos a funcionarios públicos, sin olvidar la revisión igualmente de las competencias y atribuciones en aras de resguardar siempre el fin público institucional en atención a la expresión de intereses individuales coincidentes de los administrados, es decir, el denominado interés público (artículo 113.1 de la LGAP) y no de intereses única y exclusivamente personales.

IV. CONCLUSIONES

Con fundamento en lo anteriormente expuesto:

1. Los procedimientos administrativos según la LGAP, tienen por objeto la verificación de la verdad real de los hechos y en razón de lo anterior el

6

eventual establecimiento o no de responsabilidades así como de las eventuales sanciones administrativas y/o civiles, desde un ámbito exclusivamente personal en relación con el servidor público, no así con las Administraciones. Así las cosas, el patrocinio letrado, según la citada legislación, corresponde con una posibilidad o facultad del servidor público, mas no una obligación en el trámite de los procedimientos administrativos.

2. No se contempla a los funcionarios o exfuncionarios del Instituto Nacional de Seguros en la lista taxativa de sujetos que regula el numeral 177 bis de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

Definido lo anterior, corresponde al Instituto Nacional de Seguros como ente público tomar las acciones correspondientes, en estricto apego al principio de legalidad y el ordenamiento jurídico.

Por último, le recordamos la importancia de registrarse y utilizar el Sistema de la Potestad Consultiva, de manera que podamos brindarle un servicio más oportuno y eficiente en la atención de su gestión. El mismo lo encuentra en nuestro sitio web www.cgr.go.cr

Atentamente,

Licda. Karina María Arias Sáenz
Fiscalizadora Asociada
Contraloría General de la República

Lic. Iván Quesada Rodríguez
Gerente Asociado
Contraloría General de la República

NI: 864-2022 y 2031-2022
G:2022000957-1

